

“合理使用”的法益性质及其可救济性

兼与朱理博士商榷

摘要：所谓主观权利和客观权利相区分是对主观权利与客观法相区分的误解；并且，其是德国宪法理论对基本权利性质的解释，并不适用于民事权利；民事权利和法益都有要求他人不得妨碍其利益得以实现的权能。合理使用在法律性质上是社会公众使用他人作品的利益，而不是一项客观权利。尽管这种利益不能得到侵权责任法的直接保护，但却可以通过客观法理论、依据著作权法一般条款，请求他人不得妨碍该利益得以实现。

关键词：合理使用；法益；基本权利；主观权利；客观法

文 / 李军政 / 厦门大学知识产权研究院

我国著作权法开宗明义地规定“根据宪法制定本法”；宪法规定的“发展文化事业”和“文化活动自由”作为社会公众的宪法权利（即基本权利）也明确地通过著作权法“合理使用”制度得以体现。这使得“合理使用”具有了基本权利意义上的宪法价值。但是，问题在于，在“合理使用”尚未被作为设权性部门法的著作权法明确规定为权利的情况下，包括著作权人在内的其他个人是否负有不得妨碍或者协助社会公众实现合理使用的义务？如果著作权人利用合同或者技术措施妨碍社会公众实现合理使用，社会公众是否能够以自己的“合理使用”权利或利益受到侵害为由获得包括宪法在内的法律的强制救济？

对此问题，朱理博士在其《合理使用的法律属性——使用者的权利、著作权的限制还是其他》一文中作出了较为详尽的分析和论证，并提出如下观点：“合理使用是使用者の特權，是一种客观权利……如果著作权人利用合同或者技术措施妨碍使用者实现合理使用，使用者也无法获得法律的强制救济。”“合理使用仅仅表示使用者没有不得利用该限制或例外的义务，没有赋予其他个人以不得妨碍或者协助实现合理使用的义务。”^{〔1〕}朱理博士从客观权利角度对此问题进行论证的新颖性和观点的学术性自不待言。然而，对其论证的依据和结论，

笔者认为存在值得商榷之处。本文不揣浅薄，提出如下粗浅看法与朱理博士商榷，也借此求教于方家。

一、所谓“客观权利”，是对“基本权利”的“主观权利”与“客观法”双重法律性质的误解

朱理博士据以论证其合理使用的客观权利属性的主要论据之一，是其认为“在大陆法系的私法上，向来有主观权利和客观权利的划分。”^{〔1〕}^{〔2〕}并注明该观点是参考张翔博士在《法学研究》发表的一篇文章的观点所得^{〔2〕}。笔者通过对相关基本权利的文献、以及张翔博士上述论文（以下简称“张文”）的求证，却得出了不同的结论。首先，从张文的名称来看，其明确指出所谓“双重性质”是对“基本权利”的法律性质的界定，而不是针对其种类的划分，更不是针对一般民事权利的种类的划分。显然，基本权利与民事权利在法律渊源、法律性质、效力范围等方面截然不同，二者当然也不应当在种类划分方法上相互“兼容”。并且，张文指出：“基本权利的双重性质”实际上起源于德文中“Recht”一词的多义性。作为名词的Recht在德文中有两个基本含义：一为“法”，二为“权利”，为了保证法律概念的规范与严格，德国人在使用Recht一词时往往在其前加上“客观的”或“主观的”修饰，以明所指。

subjectives Recht (主观权利) 就是指权利, 而 objectives Recht (客观法) 就是指法^{[2]21-36}。可见, 根据张文的观点, 正是因为德文中“权利”和“法”是用同一个单词表示, 所以, 为了区分“权利”和“法”, 才以“主观权利”来指称“权利”的概念, 用“客观法”来指称“法”的概念。而并不能将 objectives Recht 翻译为“客观权利”。也就是说, 严格而言, 德国法学理论中并不存在所谓“主观权利”和“客观权利”之分, 而是和其他国家一样只有“权利”和“法”之分。对此, 张文也明确指出: “‘主观权利’与‘客观法’的区分最初只具有明定概念涵义的意义, 只在德法等使用, 而在那些语言上可以区分‘法’与‘权利’的国家, 并无使用‘主观权利’与‘客观法’这两个概念的必要。或者说, 即使我们使用‘主观权利’、‘客观法’这一组概念, 其在含义上也完全

德国法学理论中并不存在所谓“主观权利”和“客观权利”之分, 仅因德文中“权利”和“法”来源于同一词汇, 才以“主观权利”来指称“权利”的概念, 用“客观法”来指称“法”的概念。德国宪法学以此为基础对基本权利的性质进行了新的诠释, 将基本权利看作“权利”, 又将其作为“法”。

等同于‘权利’和‘法’。”^{[2]22} 并且, 张文进一步明确指出, “我国一些学者将这一概念翻译为‘主观权利’和‘客观权利’, 应该说有欠准确。”^{[2]22}

此外, 朱理博士还引用了德国著名公法学家毛雷尔教授的相关论述来加以佐证: “主观权利是指法律规范赋予主体的权能, 即为了实现个人利益, 要求他人为或者不为一定的行为, 容忍或者不作为的权能。”^[3] 不过, 其在无意间忽略了毛雷尔教授随后对所谓“客观权利”概念所作的限制性解释: “应当将主观权利与客观权利区别开来。客观权利是全部法律规定的总和, 是法律义务及其相应主观权利的根据。例(私法上的): 民法典第 433 条(买卖合同)¹ 规定就是一个客观的法律规范。该条规定, 卖方有义务交付供货并使买方获得该财产的所有权(法律义务), 买方有权利要求交付货物和取得财产所有权(相应的主观权利)。”^{[3]152-153}

可见, 毛雷尔教授虽然在其著作中使用了“客观权利”的概念, 但恰如张翔博士所言, 这是德语语法的特有现象; 并且毛雷尔教授深知这一用法可能造成的误解, 紧接着就将自己所用的这个概念限定在“全部法律规定的总和”, 而这正是前述德国法上所谓“客观法”概念的效力范围。张文为进一步印证自己的观点, 还分别引证了法国和美国(分别代表上述两种不同的语法现象的国家)学者的观点来佐证自己的观点。法国公法学家莱昂·狄骥指出: “同一个词‘法’指代两个决不相同但又可能互相渗透、紧密联系的概念: 客观法和主观权利。”^[4] “德语中的 Recht 一词存在一种不可译的二重性, subjectives Recht 大致是个人权利的意思, 而 objectives Recht 大致得‘客观法’。英语使用两个完全不同的词: 法和权利, 这两个概念可以比较准确的对应德语和其他大陆语言。”^[5] 张文在通过此一系列论证后明确指出, “主观权利”和“客观法”的区分最初只是一种语言现象, 然而二战后的德国宪法学却以此为基础对基本权利的性质进行了全新的诠释, 既将基本权利看作“权利”, 又将其作为“法”^{[2]22}。

可见, 其一, 所谓“主观权利”和“客观权利”的区分, 是对“主观权利”和“客观法”的错误翻译和理解; 其二, “主观权利”和“客观法”最初仅是一种语言现象, 但其被创造性地在宪法学上用以解释“基本权利”的双重性质, 即基本权利既是“权利”(当然其因作为宪法权利而将义务主体指向国家), 同时又衍生出“法”的“第三人效力”或者说“扩散作用”、“间接效力”^{[2]28}: 当平等主体之间发生基本权利侵害时, 宪法上的基本权利条款被适用于私法关系, 对私法关系发生效力^[6]。可见, 宪法学者“顺水推舟”, 将原来用以指称“法”的“客观法”概念创造性地用来解释宪法基本权利也可以超越国家和公民之间的权利义务关系, 而产生“将民法规范作合乎宪法基本决定的解释”、从而得以“在衡量私人关系间基本权利冲突的基础上, 保障基本权利免受侵害”^{[2]29}的第三人效力。

宪法权利(基本权利)具有人权属性和先验性。如果仅从这一点来看当然应当确认所有宪法权利的主观权利性质: 其每一项具体的宪法权利的权利人都享有请

注释

1. 此处是指《德国民法典》第 433 条。

求国家通过积极的作为或消极的不作为来尊重、保护和实现该项宪法权利的权能。这在所谓第一代人权即自由权时代也确曾为人权理论和宪法理论所公认。但随着社会和时代的发展,伴随着自由资本主义的发展而产生的社会两极分化、弱势群体利益保护等社会问题引发了第二代人权即社会权乃至第三代人权即发展权理论的诞生。与自由权具有自然法的道德先验性所不同的是,社会权和发展权并无相应先验的道德正当性,而只是在广大发展国家的极力推动下写进了相关国际人权条约,并渐次在各国宪法中得以体现。而且,社会权所要求的国家通过积极的作为以保障公民的社会、经济和文化方面的各项生存和发展需求的义务与国家整体的发展水平密切相关,这使得该项权利实现的可能性存在很大疑问。鉴此,宪法理论逐渐通过各种学说来论证社会基本权利

对他人法益的损害在两种情况下有可能承担侵权责任,即“违反法律”和“背俗”,具体到作品使用人对他人作品的使用利益可能受到的损害,最有可能得到适用的就是上述“违反法律”的侵权类型,即作品著作权人的行为构成了“对保护他人的法律”的违反。

仅作为“纲领性”或“政策指导性”权利的法律属性,从而否定了其对国家的刚性约束力,并且在理论上把这种权利界定为“客观权利”。可见,客观权利理论从其产生之日起就以限定一部分宪法基本权利对国家的刚性约束力为目的,而并无任何扩展适用于私法权利的理论冲动。

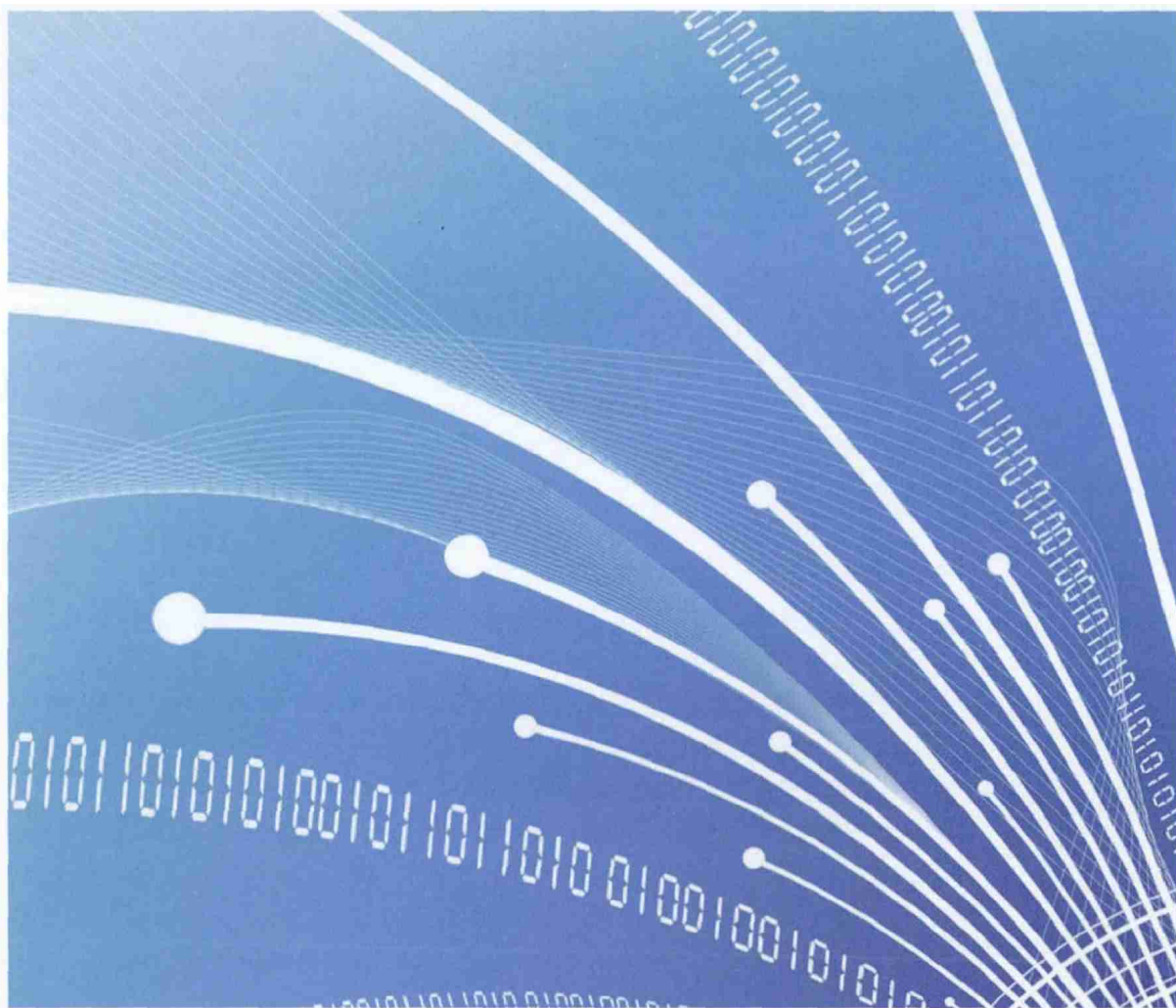
私法意义上的权利,以法力说为通说,即权利为得享有特定利益之法律上之力,包括特定利益之享有及必要时以法律为后盾担保其实现。其为现今之通说^[7]。“法律权利存在的依据是法律规则的具体规定,并且产生对权利主体之外的人的行为的禁止或约束。”^[8]“通常认为,权利包含着三项基本权能,即行为的可能性、请求履行与权利相关的义务的能力以及权利受到侵害时,请求追究法律责任的能力。”^[9]因此,私法意义上的权利必然具有请求国家救济的权能,更不存在无义务主体的私权利。权利即是权利主体行为自由的边界,一方的自由必然意味着他方的限制。“自由止于权利,就是指每个人只有在权利范围内才享有自由,而不享有

侵害他人权利的自由。反言之,某人有权做某事,任何其他人就有义务不得阻止他的行为,不得在他行为时干涉,不得使他因行为而遭受困扰。”^[10]也正是出于这种“权利意味着自身自由的同时也意味着对他人的约束”的必然性,“整个侵权行为法的历史就在于如何平衡‘行动自由’和‘权益保护’。”^[11]因此,不对他人产生约束力的所谓“客观权利”在私法上并不存在。

二、社会公众的合理使用法益可以因其作为基本权利的“客观法”反射效力得到法律救济

朱理博士上述文章的结论是:“使用者根据合理使用规定所获得的利益是法律规定的反射效果”、“使用者没有实施该权利的独立诉权”、“使用者根据合理使用所拥有的是一种特权,它仅仅表示使用者没有不得利用该限制或例外的义务,没有赋予其他个人以不得妨碍或者协助实现合理使用的义务,也没有赋予使用者以直接的救济请求权。”

朱理博士所说的“法律规定的反射利益”,实则就是依据大陆法系侵权责任法理论划分的类型化侵权行为中的第三类:行为人以悖于善良风俗的方式违反“保护他人的法律”而给他人造成损害;对于这种“法益资源”,虽然未得到法律的积极承认而明确规定为权利,但属于“法律上主体得享有经法律消极承认之特定生活资源。”^[12]“它隐藏在成文法背后,人们只能在观念中感受到它的存在。”^[13]它之所以处于一种隐而不发的状态,乃是因为立法者对其内涵和外延的认识还未达到像权利那样的清晰,从而尚不适宜形成明确的法律规则予以保护,“各国法上常区分不同案件情况,而分别处理,且各国法对此类案件的处理还不尽相同。”^[11]100-102一旦法律对这种法外利益的认识达到了确定化,也可以通过修改法律将该项利益上升为权利。但这当然并不等于法律对一切权利外的利益都不保护,恰如曾世雄教授所认为的,“有的(生活资源)受法律保护相对较弱,当对它们的享有受到干扰时,视情形或可救济”、“法益资源虽非由法律所创设,但为法律所承认,在法律上无其名分,在某种程度内仍受到法律之保护。”^[12]12可见,法律在一定条件下对于权利之外的法益也提供一定程度的保护。关于这一点,其理论意义前文已有论证,不再赘述。那么,法律对哪些法益有选择性地保护、又进行何种程度的保护?大陆法系成文法在这个领域的制度设计可谓精



致。其将侵权行为分为三类：因过错不法侵害他人权利、因过错违反保护他人的法律、以违背善良风俗的方法故意损害他人利益²。可见，对他人法益的损害在两种情况下有可能承担侵权责任，即所谓“违反法律”侵权类型和“背俗”侵权类型。具体到作品使用人对他人作品的使用利益可能受到的损害，最有可能得到适用的就是上述“违反法律”侵权类型，即作品著作权人的行为构成了“对保护他人的法律”的违反。

“过错违反保护他人的法律”作为一个类型化的侵权行为的立法宗旨在于：“一个政府最好不要经常发生右手禁止的事情，却被左手容许；”“司法者站在公

私法汇流的闸口，正要替代立法者去做决定：让公法规范以何种方式，以多大的流量，注入私法。”^[14]可见，其制度价值和规范目的在于：将以保护他人为目的而设立的公法强制规范“评价”地纳入私法，从而合理扩张侵权法的保护范围，统合公法与私法的价值判断，使公法私法能够相互支援，并增强侵权法上法律适用的确定性。从而避免出现公法上所禁止的行为却在私法上并不发生负面效果、实际上处于被纵容状态，即苏永钦教授所谓“右手禁止的事情，却被左手容许”的情形^[15]。

那么，作品使用者使用他人作品的利益受到哪部公法的保护？无疑，最有可能得以适用的法律就是宪法。

注释

2. 参见《德国民法典》第 823 条、第 826 条。

《中华人民共和国宪法》第二十二条和第四十七条分别规定了国家有义务发展文学艺术事业等其他文化事业、开展群众性的文化活动以及公民有进行文学艺术创作和其他文化活动的自由。对于“文化事业”发展和“文化活动”自由，不能简单地理解为仅仅是鼓励作者的创作，而应理解为鼓励作者创作和社会公众再创作的有机结合。如此理解，既是“文化”所要求的公众参与的特征要求；也符合《著作权法》以激励作者创作作为手段、以促进社会主义文化事业发展和繁荣为目的的立法宗旨。并且，结合我国已经加入的相关国际条约，对上述宪法条款也应作出如此理解。例如，1948年通过的《世界人权宣言》和1976年生效的《经济、社会和文化权利国际公约》，秉承联合国确立的人权原则和标准，参照《美洲人类权利和义务宣言》，提出了知识产权意义上的三项人权，即参加社会文化生活的权利、享受科学进步及其产生的利益的利益、对自己的智力成果享有法律保护的权利。前两项即“社会文化和科学进步”的人权条款被各国普遍接受，但对第三项知识产权条款是否应该和能够作为基本人权条款加以确定，则各国立场不一。后经一系列讨论和辩论，这种创造者权利条款才写进了两大人权公约。这一历史过程表明：（作者所享有的）知识产权的人权地位曾经受到质疑^[16]。因此，将宪法作为“以保护他人为目的的法律”在法理逻辑上并无悖谬。

不过，宪法是否能够作为侵权责任法意义上的“以保护他人为目的的法律”而“评价”地“注入私法”？对此，不无疑问。毕竟，侵权责任法的宗旨在于实现损害填补与行为自由之间的平衡。而作为并非法定权利的“利益”在受到侵害时，因其并不具有法律明确划定的客体范围，从而有可能对行为人的可预见性造成障碍。因此，必须将“以保护他人为目的的法律”的范围限定在一个相对确定的范围。况且，作为根本法的宪法虽然也具有公法的性质，但其通过基本权利的方式对公民提供的保护范围“过于”抽象和概括。如果将宪法作为“以保护他人为目的的法律”来间接地调整私法秩序，则几乎私法主体的任何利益都在受保护之列，从而将在很大程度上使得行为人行事时的“可预见性”规则成为毫无意义的具文，也就在更大程度上限制了行为人的行为自由和行为积极性，必将阻碍社会公众的创新积极性，乃至阻碍社会主义市场经济和社会主义政治文明的建设和

发展。因此，尽管有学者认为：在美国，宪法也可以构成保护性法律^[17]；但是，一则鉴于美国宪法的司法化程度远远高于我国宪法、常常被作为具体民事纠纷案件的裁判依据，在很大程度上影响着民事案件的审理结果。二则鉴于上述“行为可预见性”理由，本文认为不宜将宪法作为侵权责任法意义上的“以保护他人为目的的法律”来介入私法秩序。

那么，在更无其他公法作为侵权责任法意义上的“以保护他人为目的的法律”得以适用来为社会公众使用他人作品利益进行保护的情况下，本文认为，社会公众使用他人作品利益不能得到“因过错违反保护他人的法律”侵权类型的保护。并且，其也更不适合“以违背善良风俗的方法故意损害他人利益”的侵权类型的保护：“透过体系与历史之镜，我们可以将‘纯粹经济损失’保护这一（德国民法典）第826条的核心功能看得更清晰”^[15]177、“第826条仍然扮演了一般的侵权法上概括财产保护的基础规范的重要角色。”因此，本文的观点是，社会公众使用他人作品利益作为法益不能直接得到侵权责任法的保护。

即便如此，也不能得出“如果著作权人利用合同或者措施妨碍使用者实现合理作用，使用者也无法获得法律的强制救济”的结论，依据恰在于朱理博士所引用的耶里内克的“反射效应理论”：客观权利是指由于法律规定的反射效果给主体带来的某种利益。客观权利所带来的利益不是法律直接授予主体的，而是法律规定产生的反射效果^[1]13。当然，如前文所述，本文并不认为使用者利益构成所谓“客观权利”，而仍然只是一种“法益”。不过，这种法益却和所有法益一样得到作为根本法的宪法规定的基本权利所具有的“客观法”的“反射效应”的保护。“基本权利作为‘客观法’的基本涵义是：基本权利除了是个人的权利之外，还是基本法所确立的‘价值秩序’（Wertordnung），这一秩序构成立法机关建构国家各种制度的原则，也构成行政权和司法权在执行和解释法律时的上位指导原则……如果说‘主观权利’是强调基本权利作为‘个人权利’的性质，则‘客观法’就是强调基本权利本身就是约束国家公权力的‘法律’。”^[2]25从而，当平等主体之间发生基本权利侵害时，宪法上的基本权利条款被适用于私法关系，对私法关系发生效力^[6]。并且，基本权利不仅是作为一个整体而构成“客观价值秩序”，同时，每项基本权

利都可被看作一项“客观价值”^{【18】}。这样，我国宪法规定的适用于社会公众使用作品利益的“发展文化事业”和“文化活动自由”条款作为公民的基本权利就可以用来约束著作权的立法和司法。对于立法权而言，在制定有关著作权技术措施保护规范时，就应当给社会公众合理使用“利益”的实现留下相应的制度空间。对于司法权而言，当著作权人利用合同或者措施妨碍社会公众的合理使用“利益”时，如果没有具体的法律规范得以适

用，就应当在作为“客观法”的“发展文化事业”和“文化活动自由”基本权利的约束下，通过对著作权法相关法律原则乃至立法宗旨条款的解释，得出有利于使用者利益的司法裁决。此外，如果著作权人通过合同方式对社会公众使用其作品的“利益”构成了侵害，自然也可以通过相同的宪法基本权利“反射效力”对其合同相关条款的效力作出恰当的解释、甚至对其法律效力予以否定。^{【19】}

参考文献 • REFERENCE DOCUMENTATION

- 【1】朱理. 合理使用的法律属性——使用者的权利、著作权的限制还是其他【J】. 电子知识产权, 2010(3):11-18.
- 【2】张翔. 基本权利的双重性质【J】. 法学研究, 2005(3):21-22.
- 【3】[德] 哈特穆尔·毛雷尔. 高家伟译. 行政法学总论【M】. 北京: 法律出版社, 2000:152.
- 【4】[法] 莱昂·狄骥. 王文利等译. 宪法学教程【M】. 沈阳: 辽海出版社与春风文艺出版社, 1999:3.
- 【5】William Ewald. Comparative Jurisprudence (I): What was It Like to Try a Rat?【J】. 143U.Pa. L. Rev. n295.
- 【6】Stephen Gardbaum. The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights【J】. 102 Mich. L. Rev. 2003:403.
- 【7】梁慧星. 民法总论【M】. 北京: 法律出版社, 1996:62.
- 【8】张恒山. 权利与法律权利概念再辨析【J】. 中外法学, 2002(4):15.
- 【9】周永坤. 法理学——全球视野【M】. 北京: 法律出版社, 2000:236.
- 【10】陈舜. 权利及其维护——一种交易成本观点【M】. 北京: 中国政法大学出版社, 1999:43.
- 【11】王泽鉴. 侵权行为法(第一册)【M】. 北京: 中国政法大学出版社, 2001:67.
- 【12】曾世雄. 民法总论之现在与未来【M】. 北京: 中国政法大学出版社, 2001:62.
- 【13】白飞鹏. 李红. 私法原则、规则的二元结构与法益的侵权法保护【J】. 现代法学, 2002(2):56.
- 【14】苏永钦. 走入新世纪的私法自治【M】. 北京: 中国政法大学出版社, 2002:331.
- 【15】于飞. 权利与利益区分保护的侵权法体系之研究【M】. 北京: 法律出版社, 2012:145-148.
- 【16】吴汉东. 知识产权的私权与人权属性——以《知识产权协议》与《世界人权公约》为对象【J】. 法学研究, 2003(3):72.
- 【17】朱岩. 违反保护他人法律的过错责任【J】. 法学研究, 2011(2):92-93.
- 【18】Donald P.Kommers. German Constitutionalism: A Prolegomenon【J】. 40 Emory L. J. 1991:11.